Fulci

Il divorzio

LUIGI FULCI

IL DIVORZIO

NELLA PRIMA EPOCA DEL DIRITTO ROMANO

(Estratto dall'Archivio giuridico, vol. LIII, Fasc. 3-4)

BOLOGNA
TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI
1894

IL DIVORZIO
NELLA PRIMA EPOCA DEL DIRITTO ROMANO

Sommario.

I. — Religione domestica — Concetto dell'antica famiglia romana — Matrimonî *cum manu* — *Confarreatio* — Dissolubilità.

II. — Testimonianza di Plutarco — Discussione sul testo greco e varî modi d' interpretare — Cause legittime di ripudio, enumerate da Plutarco — L'adulterio — Il veneficio — La continuità della famiglia e sue conseguenze — Sterilità della donna — Simulazione del parto — Il bere vino.

III. — Testimonianza di Dionigi — Indissolubilità — Contraddizione tra Dionigi e Plutarco — Varie opinioni sul riguardo — Opinione del Brini — Il divorzio di Sp. Carvilio Ruga.

IV. — Scioglimento dei matrimonî *cum manu* — E di quelli *sine manu* — Il *consilium domesticum* in entrambi — Della formula *uxorem se liberûm quaerundorum causa habere* in particolare — Decadenza dell'antica religione domestica — Lo scherzo di L. Porcio — Di nuovo il caso di Carvilio — Critica e modificazione parziale dell'opinione del Brini.

V. — Sguardo retrospettivo — Matrimonî disciolti prima del caso di Carvilio — Il senatoconsulto riguardante le donne latine, maritate a Romani e viceversa — Matrimonî disciolti per *capitis diminutio* — I casi di L. Annio, Sulpicio Gallo, Antistio Vetere e Sempronio Sofo — Le XII tavole ed il divorzio.

VI. — Conclusione.

I.

Se noi vogliamo indagare gli antichi ordinamenti civili di un popolo, i suoi istituti, bisogna anzitutto fare astrazione dalle idee comuni a noi, viventi in un'epoca posteriore, bisogna invece indagare le idee, le credenze comuni a quel primo popolo e una volta appropriatoci il pensiero di quei tempi, con quello procedere alla ricostruzione degli istituti giuridici e degli ordinamenti civili.

Il primo e più potente ausilio alle nostre indagini noi lo troviamo nelle credenze religiose: è col renderci conto di esse che noi troviamo una spiegazione possibile a certi istituti, a certe usanze, che altrimenti sarebbero per noi incomprensibili. Noi vediamo poi alla evoluzione delle credenze e del pensiero umano corrispondere l'evoluzione degl' istituti di diritto privato e degli ordinamenti sociali. E come l'uomo in ciascuna epoca è il prodotto e il riassunto di tutte le epoche anteriori, così il diritto di un popolo è il prodotto e il riassunto del diritto delle epoche anteriori. Da ciò solo si vede la grande importanza scientifica che hanno queste ricerche sulle società primitive e si scorge anche uno dei mezzi per potere, risalendo coll'aiuto che danno i monumenti d'ogni genere del passato, ricostruire l'antica società.

Nel nostro caso, volendo studiare l' istituto del divorzio nella storia del diritto romano, sarebbe senza dubbio utilissimo che noi ci rendessimo conto delle idee e delle credenze religiose preromane, per avere un concetto del diritto preromano, dal quale molti schiarimenti ci verrebbero per le nostre indagini. Nondimeno ci è impossibile procedere a tale studio, dirò così d' introduzione, chè molto lontano ci porterebbe dai limiti imposti al presente lavoro.

Cercheremo soltanto di riassumere brevissimamente quelle credenze che abbiano relazione diretta col nostro tema e che gli studî accurati di tanti hanno determinato per quell' epoca alla quale si fa risalire l'origine di Roma.

« Il paragone delle credenze e delle leggi » scrive appunto Fustel de Coulanges « mostra che una religione primitiva ha costituito la famiglia greca e romana, ha stabilito il matrimonio e l'autorità paterna, ha fissato i ranghi della parentela, ha consacrato il diritto di proprietà e il diritto di successione » (1).

Quale era questa religione primitiva? — Era quella del focolare domestico e degli antenati, in una parola era la religione domestica. Ciascuna famiglia era un'associazione religiosa; gli antenati morti erano i suoi dei, ai quali bisognava portare i pasti funebri. A questo culto non erano ammessi che i discendenti, almeno nell'epoca più antica, poichè in seguito anche le città cominciano ad avere i loro eroi nazionali e s' introduce pure l' adozione, una parentela

(1) **Fustel de Coulanges,** *La cité antique, étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome* — 13me édition, Paris, Hachette, 1890, pag. 3.

fittizia, mercè la quale chi muore senza lasciare discendenti può avere i pasti funebri.

Ciascuna famiglia intanto, avendo i proprî dei, aveva i proprî riti, e c'era indipendenza assoluta per le cerimonie religiose di ciascuna famiglia (1). Il sacerdote era il padre di famiglia, il quale dopo morte sarebbe stato divinizzato anche lui. Una tale religione si propagava naturalmente colla generazione. Il fanciullo, ricevendo dal padre la vita, ne riceveva il suo culto, la sua credenza, il diritto di stare al focolare domestico, d'offrire il pasto funebre, di pronunziare le formule della preghiera e così un legame misterioso si stabiliva fra l'antenato e i suoi discendenti. E dalla credenza comune che nel padre solo risiedesse il potere generativo (credenza comune agli antichi Indiani ed ai Greci ed ai Romani) derivava la conseguenza che il culto si trasmettesse di maschio in maschio e che la famiglia fosse essenzialmente patriarcale, il coniugio essenzialmente maritale. Da qui derivano tante conseguenze nel campo del diritto. La famiglia antica non è stata certo creata dalla religione, ma da essa ha ricevuto le sue regole: ed è questa religione domestica che univa i membri d'una famiglia, non il vincolo del sangue, nè la forza fisica. Il figlio infatti che ha rinunciato al culto o è stato emancipato non è più considerato come membro della famiglia, mentre l'adottato sarà un vero figlio.

Questa religione domestica ci fa indurre che il matrimonio sacro fosse un'istituzione altrettanto antica. La donna così, uscendo dalla propria famiglia, entrava nella famiglia del marito, *in manu* del quale ella era tenuta *loco filiae* (2). Essa però partecipava al culto ed era riputata compadrona col marito. La formula che la donna pronunziava nel matrimonio romano: *Ubi tu Cajus, ego Caja* (3), ci dice chiaramente come la donna fosse se non altro uguale in dignità al marito. Noi abbiamo inoltre molte prove della venerazione della quale erano oggetto le donne da parte dei Romani. È vero che la donna era completamente soggetta in diritto al marito; questi era il suo giudice, ma l'autorità di lui tro-

(1) *Suo quisque ritu sacrificium faciat*, Varrone, *De lingua latina*, VII, 88.

(2) **Gai**, *Inst.*, II, §. 159: « . . . uxoris persona, quae in manu est, quia *filiae loco est.* »

(3) Cfr. **Plutarco**, *Cagioni d'usanze e costumi romani*, 30.

vava un freno nell'obbligo che aveva di giudicarne in un tribunale d'agnati e nella stessa religione (1).

Accanto alla forma di matrimonio sacro (*confarreatio*), produttiva della *manus* c'erano altri mezzi (*coemptio, usus*) coi quali si acquistava la *manus;* e c'era poi il matrimonio non solenne, il quale naturalmente non era produttivo della *manus.* Ma è certo che la prevalenza nei primi tempi doveva essere dei matrimonî *cum manu* (2).

Dal concetto della famiglia antica, secondo abbiamo cercato delinearla in brevi tratti, derivano chiaramente diverse conseguenze principali: la prima è che non si può parlare certo di divorzio bilaterale in que' primi tempi, ma soltanto di ripudio maritale; la seconda che interesse precipuo del padre di famiglia fosse la continuità della famiglia, giacchè solo a questo modo poteva perpetuarsi il culto; la terza è che interessante fosse anche il mantenere la purità della discendenza e la quarta infine che la donna dovesse mantenere la dignità di persona associata al culto, di custode del focolare domestico. Se la moglie quindi coll'adulterio si metteva nella condizione probabilissima di falsare la vera discendenza, facendo entrare nella famiglia come discendente uno che in fatto fosse estraneo, oppure se non aveva figli, o se con atti diversi rendevasi indegna di custodire il focolare domestico, è naturale che quel matrimonio dovesse sciogliersi e che il marito avesse il diritto, dopo averla giudicata, di ripudiarla. Ma se il ripudio nei casi di matrimonio non solenne era facile, d'altro canto in caso di matrimonio contratto secondo il rito sacro, religioso, è evidente che solo la religione poteva sciogliere (3) ciò che la religione aveva

(1) Non insisto citando fonti in prova di quanto asserisco, perchè ormai si è quasi tutti d'accordo. Basta confrontare: **Fustel de Coulanges,** op. cit. II, IX, pag. 107-108 — e **Bonghi,** *Storia di Roma*, vol. II, lib. VI, cap. VIII, §. 7, pag. 579-581, e le citazioni che vi si trovano. — Cfr. anche **Plutarco,** *Apoftegmi e detti notabili dei Romani* (di Catone l'antico).

(2) Alcuni sostengono che non vi fossero che matrimonî *cum manu:* « In antico, in pratica non esistevano che matrimonî *cum manu* ». **Landucci,** *Storia del dir. rom.*, lib. III, §. 367, nota 5.

(3) **Ulpiano:** « Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est. » fr. 35 D. 50, 17.

unito e quindi il ripudio in tal caso doveva compiersi in forma anche solenne (*diffarreatio*) (1).

Ma questa forma di scioglimento doveva essere difficilissima, appunto per la solennità richiesta.

II.

Vediamo quanto queste conclusioni (cui noi — date quelle premesse storiche — siamo giunti soltanto per ordine logico) siano confermate dalla testimonianza degli scrittori.

Plutarco attribuisce a Romolo (Rom., 22) una legge, « quae uxori non permittit divertere a marito, at marito permittit uxorem repudiare propter veneficium circa prolem vel subiectionem clavium vel adulterium commissum, si vero aliter quis a se dimitteret uxorem, bonorum ejus partem uxoris fieri, partem Cereri sacram esse jussit; qui autem venderet uxorem, diis inferis immolari. » (2).

Conviene pertanto che qui ci fermassimo a considerare il significato ed il valore delle parole di Plutarco. Innanzi tutto accenneremo che si è molto questionato sulla ultima frase del testo, traducendo il Bruns nella maniera sopra riportata, che è l'interpretazione del Rein e dello Schlesinger , mentre il Voigt sostiene doversi tradurre: « qui ripudiasset uxorem suam deos manes placaret ». La questione è essenzialmente filologica e ci basterà dire che adesso ha incontrato maggior favore l'interpretazione difesa dal Voigt (3).

Dal frammento di Plutarco sorge chiaramente che il matrimonio fosse dissolubile in ogni caso ad arbitrio del marito, perchè quando anche il marito avesse ripudiato la moglie per una causa non com-

(1) « Diffarreatio genus erat sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio; dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito ». **Paolo Diacono,** 74 (V. **Bruns,** *Fontes juris romani antiqui*, pag. 336).

(2) **Bruns,** *Fontes* — Editio V — pag. 6-7.

(3) Cfr. **Bonghi,** op. cit., vol 2°, lib. V, cap. V, §. 18 in nota — e **Brini Giuseppe,** *Matrimonio e divorzio nel diritto romano,* parte II, 11, pag. 76 e segg. Il Brini anche mette avanti, senza però insistervi affatto, l'idea che la parola su cui cade la controversia invece di « *vendere* » si interpreti « *mancipare* », comprendendo così un caso particolare di ripudio, cioè la dissoluzione propria dei matrimonî *coemptione* e anche di quelli *usu.* Ma ciò come semplice congettura, dichiarando apertamente non intendere di fare questa proposta, nè molto meno sostenerla.

presa tra quelle fissate dalla legge, « *si vero aliter quis a se dimitteret uxorem* », incorreva bensì in una pena, (« *bonorum ejus partem uxoris fieri, partem Cereri sacram esse jussit* ») ma sempre il ripudio era valido, e il matrimonio era sciolto, almeno tutto c'induce a supporre ciò.

Questa legge di Romolo quindi pare che sia venuta a regolare il ripudio, ponendo dei limiti all'arbitrio del marito e minacciandolo di una pena patrimoniale nel caso ingiustamente avesse usato del suo diritto.

L'enumerazione delle cause ammesse come giuste è tassativa: ma l'interpretazione del frammento di Plutarco è tutt'altro che facile e lascia adito a molte e varie spiegazioni. Anzi è probabilissimo che quel passo sia alterato e un illustre grecista, da me consultato, mi diceva che si può criticare agevolmente qualunque spiegazione ad esso si voglia dare, rimanendo al solito tutta la difficoltà a ricostruire la vera. Il testo greco che pare debba criticamente accettarsi è il seguente: « ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν ».

Nessun dubbio sul « καὶ μοιχευθεῖσαν », l'*adulterium commissum*, che costituiva causa giusta pel divorzio conformemente al sistema famigliare romano. In quanto però alle cause precedenti cadiamo in tanti dubbî. Si noti dapprincipio che fa meraviglia la forma κλειδῶν ὑποβολῇ; di questa forma pare non si abbia esempio che solo questo di Plutarco, nè può dirsi che Plutarco usava una forma nuova per esprimere un concetto pei suoi contemporanei nuovo, giacchè noi troviamo per esempio in una commedia d'Aristofane una donna lagnarsi del fatto che i mariti portano nascoste delle chiavi ingegnose, per cui è diventato alle mogli impossibile prender farina, olio e vino, mentre prima potevano facilmente aprire, non essendo ancora in uso quelle chiavi speciali (1).

Non è improbabile quindi che quel ἢ κλειδῶν fosse stato aggiunto dopo al margine e d'allora in poi sii rimasto nel testo. Senza dubbio non è qui il luogo di discutere tutte le diverse emendazioni e interpretazioni escogitate per questo passo, ci limiteremo soltanto a dire come ci sembri conveniente riferire il τέκνων ad ὑποβολῇ e

(1) « . . . οἱ γαρ ἄνδρεσ ἤδη κληδία — αὐτοὶ φοροῦσι κρυπτὰ κακοηθέστατα — Λακωνίκ' ἄττα, τρεῖς ἔχοντα γομφίους ». **Aristofane,** *Thesmophoriazusae*, 421-423 — Ediz. curata dal Blaydes — Halis Saxonum, 1880.

quindi ci sembra giusto introdurre un καί fra φαρμακεία e τέκνων, portando così le cause giuste del divorzio da tre a quattro. A questo modo le cause sarebbero le seguenti:

1° (φαρμακεία) il veneficio (probabilmente in ispecie sul marito) (1);
2° (τέκνων ὑποβολῇ) la simulazione del parto;
3° (κλειδῶν ὑποβολῇ);
4° (μοιχευθεῖσαν) l'adulterio.

Ciò che noi siamo venuti dicendo, e il lettore se ne sarà accorto, si basa soltanto su semplici congetture, ma tutte le varie interpretazioni, che si sono escogitate, sono senza solida base, e congettura per congettura a noi ci sembra più verosimile l'interpretare a quel modo, molto più che così verremmo a spiegarci un altro fatto, come appresso si dirà.

Il Brini scrive in proposito (op. cit., parte II, 12, pag. 82): « Nè aggiungo, infine, parola sulla intrusione di quel καί fra il φαρμακεία ed il τέκνων, quindi sul riferimento del τέκνων pure ad ὑποβολῇ ed allora sui possibili significati di φαρμακεία e di τέκνων ὑποβολῇ; che sarebbe come aggirarsi colla mente in un edificio *immaginario*. Forse qui qualche luce sicura non si può trarre, se pure si può, che da una ricostruzione preromana ».

Ora è appunto ricorrendo a quel concetto della famiglia nell'epoca preromana, da noi nelle prime pagine brevemente delineato, che noi ci siamo indotti ad abbracciare l'opinione che intromette il καί e riferisce il τέκνων anche ad ὑποβολῇ e ad intendere τέκνων ὑποβολῇ come *simulazione di parto*.

(1) Si potrebbe anche supporre il veneficio in generale o in ispecie sui figli; ma io sarei tendente a supporre in ispecie sul marito, poichè noi vediamo essere questo un reato frequente fra i coniugi in Roma antica. Infatti in **Livio** (VIII, 18) leggiamo che nell'anno 422 di Roma (326 a. C.) 170 donne furono condannate in capitale giudizio per aver dato o preparato veleno ai mariti (Cfr. Val. Mass., II, 1) — In Livio troviamo anche (XL, 37) ricordato nel 574 di Roma il caso del console Pisone assassinato dalla propria moglie Quarta Hostilia, e nel 600 il fatto di due consoli avvelenati dalle loro mogli. È vero che nel passo citato (VIII, 18) Tito Livio. dopo aver narrato il fatto delle 170 donne condannate, scrive « Neque de veneficiis ante eam diem Romae quaesitum est », ma sembra quasi impossibile che questo reato fosse perfettamente ignoto e poi subito in un sol anno propalarsi in tal guisa da esserne condannate come colpevoli 170 donne: forse prima di quel tempo era considerato come una stregoneria, un ammaliamento e del resto la parola φαρμακεία può tradursi anche in tal modo.

Interesse precipuo del padre di famiglia infatti era la continuità della famiglia; se periva essa, periva anche il culto degli antenati: questi non avrebbero avuto più i pasti funebri ed il padre di famiglia, ultimo discendente senza prole, non avrebbe avuto mai questo culto, cui tanto si teneva.

« L' uomo » scrive Fustel de Coulanges (*op. cit.*, lib. II, cap. III, pag. 49) « dopo la morte, era reputato un essere felice e divino, ma a condizione che i viventi gli offrissero sempre dei pasti funebri. Se queste offerte venivano a cessare, vi era decadenza per il morto, che cadeva nel grado di démone infelice e maligno ».

Queste credenze erano comuni agli Indiani ad agli abitanti dell' Italia e della Grecia. Così l' Indiano diceva (Bhagavad-Gita, I, 40): « L' estinzione d' una famiglia causa la rovina della religione di questa famiglia; gli antenati privi dell' offerta dei cibi cadono nel soggiorno degli sventurati ». In Grecia, ad Atene, troviamo il primo magistrato avere imposta dalla legge la cura, affinchè nessuna famiglia venisse ad estinguersi (1). Similmente in Roma la legge era attenta a che non perisse alcun culto domestico (2). Da ciò derivava l' obbligo (in certi tempi sancito anche dalle leggi) del matrimonio (3), e siccome il figlio naturale, il figlio *spurius* dei Romani (detto dai Greci νόθος) non poteva compiere la funzione che la religione gli assegnava è evidente che il matrimonio in uso di quei tempi doveva essere quello contraentesi colle forme sacre, solenni, produttive sempre della *manus* (4), e così noi ci possiamo spiegare la prevalenza in quei tempi primitivi dei matrimonj *cum manu* o (secondo altri) l' esistenza di questi soli.

Ed è per questa ragione che con tutta la debita riverenza mi pare non potersi accettare l' opinione del Brini che la formula

(1) **Iseo,** *De Apollod. hered.*, 30 — **Demostene,** *In Macartatum*, 75.

(2) « De sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, ut conserventur semper, et deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, *perpetua sint sacra* » **Cicerone,** *De Legibus*, II, 19 — Cfr. **Dionigi,** IX, 22.

(3) Cfr. **Dionigi d' Alicarnasso,** IX, 22 — **Cicerone,** *De Legibus*, III, 3 — **Valerio Massimo,** II, 9 — **Festo,** p. 379, 1.

(4) « Al marito allora soltanto potevano i figli nati dalla donna appartenere, quando essa stessa fosse propria di lui in qualche modo ». **Hölder,** *Il divorzio romano*, pag. 13 — Ediz. di Lipsia.

« *ducere uxorem liberum quaerendorum causa* » si riferisse particolarmente ai matrimonî *sine manu* (1).

Era tanto l'interesse che si aveva ad aver figli che nello stesso Plutarco noi leggiamo che: « il marito romano avendo figliuoli a bastanza, se era pregato da altro che non n'avesse, si spodestava della moglie ed era in lui concederla per sempre o prestarla a tempo per ripigliarla (2) ».

Date pertanto queste condizioni, non si può indurre, direi quasi con certezza, che dovesse essere ammesso di quei tempi il ripudio per la sterilità della donna?

Qualcuno anche si spinge più innanzi, domandandosi se non fosse altresì un dovere. Così nell'India le leggi di Manù prescrivevano che la moglie sterile *dovesse* essere sostituita a capo di otto anni (3); e per la Grecia abbiamo la testimonianza di Erodoto (4), il quale cita due re di Sparta, *costretti* a ripudiare le loro donne, perchè sterili.

Di ciò riguardo a Roma non abbiamo alcun ricordo; il divorzio per sterilità della donna lo vediamo ammesso in seguito e durare per tutto lo svolgimento del diritto romano, ma il primo ricordo lo troviamo nel famoso divorzio di Carvilio, il preteso primo divorzio avvenuto a Roma, di cui più innanzi ci occuperemo.

Tuttavia lasciando stare la questione se il ripudio sia stato obbligatorio in caso di sterilità della donna, possiamo sempre affermare con grande probabilità come il ripudio in questo caso dovesse essere ammesso nei primi tempi di Roma. Come va quindi che fra le cause *tassativamente* enumerate da Plutarco non ci è questa?

Bisogna confessare che la difficoltà è grave, massime che nessun scrittore ha pensato di proporsela formalmente (5). Qua-

(1) Vedi **Brini,** Op. cit., parte II, 29, pag. 241 e segg. — Cfr. anche il presente studio al cap. IV.

(2) **Plutarco,** *Comparazione tra Numa e Licurgo*, 3.

(3) Leggi di Manù, IX, 81,

(4) **Erodoto,** V, 39; VI, 61.

(5) Lo stesso **Fustel de Coulanges,** il quale a pagina 53 scrive: « *Le mariage* n'ayant été contracté que pour perpétuer la famille, il semblait juste qu'il pût être rompu, si la femme était stérile. Le divorce dans ce cas a toujours été un droit chez les anciens; il est même possible qu'il ait été une obligation », non considera il passo di Plutarco e si acqueta alla notizia del caso di Carvilio avvenuto nel secolo VI, senza nemmeno accennare alla questione se fosse effettivamente il primo divorzio in genere o se il primo per sterilità della donna.

lunque interpretazione si voglia dare a quel passo di Plutarco è impossibile però intendere in modo da comprendere fra le cause enumerate da lui anche la sterilità della donna.

Dobbiamo supporre una dimenticanza od un errore in Plutarco? O non si potrebbe fare qualche congettura che trovi nelle parole di esso un'affermazione?

È naturale che per quanto fosse nell'interesse del padre di famiglia aver prole, altrettanto la moglie aveva interesse di darne al marito, ricorrendo quindi in caso di sterilità, anche ad un reato, alla simulazione cioè del parto (1), reato gravissimo come l'adulterio, perchè introduceva nella serie dei discendenti chi effettivamente non era tale. — Or non potrebbe congetturarsi che il matrimonio, senza prole per un dato periodo di tempo, fosse sciolto di pieno diritto e che, se non altro, nel passo di Plutarco fosse implicita e presupposta nella causa τέκνων ὑποβολῇ l'altra della sterilità?

È una congettura, ma essa sola ci scioglierebbe quella difficoltà da noi accennata. Del resto il passo è perfettamente conforme al sistema famigliare romano antico e colla frase « *non permittit uxori divertere a marito at marito permittit uxorem repudiare* » non potrebbe essere meglio scolpita la vera condizione di quei primi divorzî (2).

(1) Cfr. la commedia di **Aristofane** già citata, le *Tesmoforie*, nella quale una donna fra gli altri lamenti sulla sorte del proprio sesso dice: « Una donna è priva di figliuoli e vuol far credere suo quello d'un altro. La cosa non può farsi nascostamente, chè gli uomini sempre ci stanno alle costole ». Traduz. del Prof. **Domenico Cappellina** — Torino, 1853. — Si noti che i lamenti della donna in Aristofane sono espressi come per una condizione nuova di cose, che aveva reso più difficile il simulare il parto. — Cfr. anche lo scherzoso Commento di **Annibal Caro** sulla *Ficheide* di Padre Siceo: « Sogliono talvolta le donne per gabbar certi scempî, che hanno una gran voglia di far razza, finger di partorire, e mettendo un bambino posticcio, lo dànno a credere per fatto da loro; come io so che fece una buona femmina, che si andò di mano in mano impregnando di cenci e di fasciatoi, e in capo di nove mesi i cenci diventarono un signorino. Donde io credo che sia venuto quel proverbio, che si dice, far gli uomini di pezze. Platone che stette col capo a bottega, solamente s'avvide dell'inganno, ma insegnò di scoprirlo in questo modo: che se in quel tempo si trova che la madre abbia latte, il bambino è suo; se non si trova, è posticcio ».

(2) Cfr. lo stesso **Plutarco**, *Cagioni d'usanze e costumi romani*, 29: « Perchè non vogliono che la novella sposa traversi la soglia del marito, e

L' altra causa poi « κλειδν ὑποβολῇ » è ormai fuor di dubbio riferirsi alle chiavi della *cella vinaria* e quindi essere identica all' « οἶνον πίνειν » di Dionigi, una colpa questa gravissima della donna (1).

III.

Se (per servirmi delle stesse parole del Brini, op. cit., parte II, 11, pag. 73) « volgendoci a Plutarco, non può non balzare agli occhi quanto la rappresentazione ch' egli ci fa (o, meglio, che le memorie da lui riprodotte ci danno) dell' istituto del ripudio maritale col suo particolar modo di essere nella città romulea, appaia rispondente, se idealmente si valuti quello storico momento, alla intera costituzione della famiglia e del matrimonio originarî romani, cioè secondochè altronde questi ci risultano incontestabilmente »; d' altro canto volgendoci a Dionigi noi ci troviamo dinanzi ad un' affermazione contraria recisa, salvo il considerare se tale sia in sostanza o solo apparentemente.

Dionigi infatti scrive (II, 25): « Romolo, nè dando al marito azioni contro la moglie tratta in adulterio o che abbandonasse senza giusto motivo la casa, nè alla moglie la quale imputasse al marito maltrattamento o di abbandonarla senza una giusta cagione, nè ponendo leggi su la restituzione o l' apporto della dote, nè altre delle cose prossime a queste determinando, nè alcunchè di simile; ma una sola legge intorno a tutto ciò bene accomodata, come il fatto stesso dimostrò stabilendo; a buon ordine e molta castigatezza condusse le donne. E la legge era tale: la donna divenuta moglie, se congiuntasi per nozze sacre » (*confarreatione*) « all' uomo, esser socia di tutte le ricchezze e le cose sacre . . . . . L' esser fatte pertanto socie del più sacro e insieme primo alimento le donne ai mariti, e congiunte nell' intera fortuna, aveva l' appellativo della comunione del farro, e conduceva a vincolo necessario

quelli che l' accompagnano la portano di peso? . . . . ci rappresenta tal costume che non dee giammai uscirne, nè *lasciare* la casa, *se non forzata*, come forzata v' entrò? » (Traduz. di Marcello Adriani).

(1) Cfr. **Plutarco,** *Cagioni d' usanze e costumi romani*, 6: « Perchè baciano le donne i parenti in bocca? Forse (com' è la più comune opinione) perchè essendo alle donne vietato il vino, s' introdusse l' usanza di baciare i parenti, che riscontravano, per convincere, e palesare quelle che n' avesser bevuto? ». (Trad. di M. Adriani) — Cfr. **Dionigi,** II, 25.

di famigliarità *indissolubile*, e cosa che potesse *disciogliere* tali coniugii *non v' era*. Siffatta legge costrinse le donne, una volta mogli, siccome del resto non aventi altro rifugio, a vivere ad un sol modo, al modo del marito, e gli uomini ad imperare su la donna come su acquisto necessario e che non può esser tolto . . . . Se la donna di poi in qualche cosa avesse peccato, si aveva giudice l' offeso e padrone della gravezza della punizione. Di tali cose invero i congiunti insieme col marito giudicavano; fra le quali era la violazione della persona e, quel che ai Greci parrebbe esser di tutti i peccati il minimo, se una donna fosse stata trovata bevendo vino.

Entrambe infatti queste cose permise Romolo di punire colla morte, come gli estremi dei falli femminili; la corruzione reputando principio di demenza, e l' ebrietà di corruzione. E per molto tempo entrambe queste cose presso i Romani durarono ad incontrare inesorabile ira ».

Mentre dunque Plutarco afferma i matrimonî dissolubili, Dionigi li afferma indissolubili (εἰς σύνδεσμον δ' αναγκαῖον οἰκειότητος ἔφερεν ἀδιαλύτου, καὶ τό διαιρῆσον τοὺς γάμους τούτους οὐδὲν ἦν, dice il testo greco di Dionigi). — Tre vie al solito si offrono per sciogliere questa difficoltà: o credere che abbia errato Plutarco, o credere che abbia errato Dionigi, o tentare di conciliare i due scrittori.

Ma se conforme all' ordinamento romano appare ciò che riferisce Plutarco, altrettanto pare difforme ciò che riferisce Dionigi, in guisa che i primi fra gli scrittori moderni opinano esser caduto Dionigi in un equivoco, confondendo i matrimonî confarreati in genere con quelli particolari dei *flamines*, che fino al tempo di Domiziano furono indissolubili: così il Rein, il Voigt ed altri. Ci è chi (il Klenze, il Böcking, il Marquardt (1)) credendo in Dionigi, opina essere stato il matrimonio confarreato indissolubile, ma per grave e determinata colpa della donna (secondo l' affermazione di Plutarco), in base ad una condanna capitale pronunziata dal tribunale domestico, sciogliersi colla morte, a cui doveva prece-

(1) **Marquardt Joachim**, *La vie privée des Romains, ouvrage traduit sur la deuxieme édition allemande* (publiée par A. Mau) par Victor Henry — Paris, Thorin, 1892, Tome 1.er, pag. 83.

dere la *diffarreatio*. Altri (il Walter (1), lo Schupfer (2)) conciliando crede che l'indissolubilità affermata da Dionigi sia stata un ammonimento della religione, ma che non si debba intendere nel senso giuridico.

Fraqueste diverse opinioni ci sembra giustamente da dovere rigettare prima di tutte la seconda, sia per le considerazioni d'indole generale già fatte, sia perchè la potestà che aveva il marito sulla moglie, durava fintantochè questa fosse *in manu* di lui: ora è certo che la *diffarreatio* era un mezzo per togliere la *manus*; se quindi la donna per mezzo della *diffarreatio* non era più in *manu mariti* e diventava *estranea* per la famiglia di lui, non aveva più il marito la potestà di ucciderla (3).

In quanto poi alle altre due opinioni, la prima e la terza, supponendo esse un equivoco in Dionigi (1.ª opinione) o una espressione poco chiara (3.ª opinione) possiamo ricorrere ad esse, soltanto nel caso che ci manchi qualche altra spiegazione possibile.

Notiamo che la questione si fa pei matrimonî confarreati, poichè pei matrimonî *sine manu* e per quelli *cum manu* artificiali si è tutti concordi ad ammetterne la dissolubilità per lo meno di fatto: nè con ciò si sfugge alla contraddizione di Dionigi e Plutarco, poichè tutto induce a credere che anche Plutarco parli dei matrimonî confarreati, poichè egli pure parla degli ordinamenti di Romolo, delle nozze sacre, dell'antica famiglia romana, e molti elementi di somiglianza ci sono fra i discorsi di Dionigi e di Plutarco, quantunque in altre cose se ne differiscano.

È all'illustre Prof. Giuseppe Brini che noi dobbiamo la spiegazione migliore, accettando la quale si viene anche a sciogliere un'altra questione molto dibattuta, cioè come il divorzio di Spurio Carvilio Ruga, avvenuto per sterilità della donna nell'anno 523 di

(1) *Storia del diritto di Roma sino ai tempi di Giustiniano*, volgarizzata dall'Avv. **Emanuèle Bollati**, §. 495 — Torino, 1851.

(2) *La famiglia nel diritto romano* — Padova, 1876 — pag. 164.

(3) Ci sarebbe un passo di Plutarco che pare confermare questa opinione da noi rigettata, quantunque dagli autori che la sostengono non l'abbia visto citato. Esso è il seguente: « Cur nuptarum comam discriminant hasta cuspide? . . . . Aut per ambages significatur, solo ferro coniugium discissum iri ». **Plut.**, *Quaest. Rom.*, 87. Ma si spiega benissimo coll'ipotesi che il matrimonio si contraesse coll'intenzione di non scioglierlo mai e la frase μόνῳ σιδήρῳ τοῦ γάμου διακριθησομένου può intendersi nel senso che il coniugio potesse sciogliersi solo forzatamente.

Roma (1) sia stato dagli scrittori antichi concordemente affermato per il primo, mentre tutti i moderni con una critica accurata sono pervenuti ad una affermazione opposta.

Il Brini cominciò dall' osservare che Dionigi concludeva il discorso, da noi riportato, così: « Legem autem illam de mulieribus latam praeclaram fuisse, ipsa temporis diuturnitas docet. Hoc enim confessum est, intra DXX annos Romae nullum matrimonium dissolutum esse. Sed olympiade CXXXVII Marco Pomponio et Gaio Papirio consulibus, primus uxorem repudiasse fertur Spurius Carvilius, vir non obscurus, coactus a censoribus se liberorum quaerendorum gratia uxorem duxisse: ejus enim uxor erat sterilis. Qui tamen ob hoc factum, quamvis esset necessarium, in perpetuum exosus fuit populo » (2).

Il Brini quindi con una acuta esegesi di tutto il passo rileva come le due affermazioni dell' indissolubilità degli antichi matrimonî confarreati (o *cum manu* in genere) e del primo divorzio siano collegate fra di loro inscindibilmente, anzi correlativamente. Ora se ben si guarda al discorso in generale, è curioso come dopo avere affermato indissolubili quei matrimonî, si conclude esser tanto ottima la legge da non avvenire divorzî, per circa 520 anni ed il primo esser quello di Carvilio. Se per diritto erano indissolubili, qual meraviglia che non avvenisse alcun divorzio, e se questi cominciarono a verificarsi per nuovo diritto sostituitosi all' antico, quando e come avvenne questo mutamento? Come va che Dionigi, quì, che tanto cadrebbe acconcio, non lo rileva?

Da ciò il Brini induce che Dionigi nella prima affermazione si riferisca ai matrimonî *cum manu* (o confarreati semplicemente) mentre colle seguenti parole, colle quali afferma il primo divorzio, si riferisca ai matrimonî *sine manu*, e che quella affermata in-

(1) Gli scrittori antichi ci danno date diverse pel divorzîo di Carvilio. Valerio Massimo lo pone nel 150, Plutarco in due luoghi nel 230, Gellio nel 519, usando anche in un luogo la frase *quingentis fere annis,* Dionigi nel 520, Servio (in Gellio) nel 523 e Tertulliano negli ultimi anni circa del VI secolo di Roma. Però una critica accurata di queste date, dovuta massimamente al Voigt, fa sospettare che le date di Valerio Massimo e di Plutarco siano dovute ad errori di copisti, sicchè pare debba riferirsi il caso di Carvilio al 520 di Roma o in quel torno e la lieve discrepanza tra gli altri scrittori, che il Voigt cerca di spiegare ingegnosamente, è di poca importanza. (Cfr. **Brini,** op. cit., II, 4).

(2) **Dionigi,** II, 25 — Parisiis, Didot, 1886

dissolubilità dei primi anticamente non debba intendersi in senso assoluto, ma relativamente ai matrimonî ***sine manu***, quali erano nel tempo di Dionigi. La frase usata da Dionigi che le donne non avessero altro rifugio che vivere al modo dei mariti, e che, costituendo per questi un acquisto necessario, non potessero esser loro tolte è conforme appunto al matrimonio ***cum manu***, quale doveva apparire alla mente di Dionigi, vivente in un' epoca in cui i matrimonî ***sine manu*** prevalenti avevano precisamente il carattere di dissolubilità volontaria e la moglie, non essendo ***in manu mariti***, anzi essendo nella famiglia di lui una ***extranea***, poteva, se ***sui juris***, volontariamente ***divertere***; se no esser richiamata dal ***pater familias***, dalla potestà del quale non era peranco uscita, pur contraendo il matrimonio. Così si può spiegare la frase καὶ τὸ διαιρῆσον τοὺς γάμους τούτους οὐδὲν ἦν. Non è che il matrimonio fosse indissolubile nel senso che il marito non potesse ripudiare, fare uscire dalla propria famiglia la moglie, la quale essendo tenuta ***loco filiae*** è naturale potesse allo stesso modo che un figlio essere scacciata; ma era bensì indissolubile rispetto ai matrimonî ***sine manu***, i quali erano prevalenti all' epoca di Dionigi; era insomma per usare un linguaggio strettamente giuridico ***indivorziabile***, non ***indissolubile***. E così il famoso caso di Carvilio Ruga sarebbe invero il primo ***divorzio***, ma intendendo per ***divorzio*** una nuova figura giuridica che allora per la prima volta si presentava ai Romani, poichè prima invero non era configurato e disciplinato come istituto giuridico distintamente a sè il divorzio.

Con questa spiegazione dunque si viene a risolvere la famosa quistione del divorzio di Carvilio e le parole di Servio Sulpicio, riportate nel seguente passo di Aulo Gellio acquistano valore preciso e giuridico: « Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit ***de dotibus***, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio (M. Atilio, P. Valerio consulibus) » (1).

IV.

Non seguirò il Brini nella lunga e minuziosa disamina che egli fa e da cui trae sempre conforto nella sua opinione; soltanto

(1) **Aulo Gellio,** IV, 3, 2.

accennerò ai punti più importanti, specialmente per mostrare dove a me pare non si possa consentire con lui.

I matrimonî *sine manu* si modellavano su quelli *cum manu* e così anche gli scioglimenti di essi si dovevano modellare sugli scioglimenti di quelli *cum manu*, cioè con forma di ripudio, esclusivamente unilaterale. Nel matrimonio *cum manu* il ripudio avveniva per una colpa più o meno grave della donna, o meglio per un fatto della donna, considerato come colpa, e il marito la giudicava in un consiglio di agnati. C'e una sola *familia*, quella del marito, ed il *pater familias* « col suo consiglio e giudizio domestico deve giudicare e giudica di persona, che alla famiglia stessa appartiene, della donna appunto, del cui ripudio si tratta. Non altra *familia*, nè altro *pater familias* là si ha di contro, nè persone d'altra *familia*, che cioè possano vantare potestà, pretese, diritti.

Non intervento della pubblica autorità almeno civile, secondochè noi intendiamo; e lasciam stare l'influenza e vigilanza religiosa: non concepibile un ricorso al pubblico magistrato dichiarante e rendente il diritto, cioè un'azione e un pubblico giudizio: unica sopraintendenza e provvisione immaginabile su quell'unico *pater familias*, la pubblica censura » (1). E questo giudizio era importantissimo perchè in esso erano determinate le pene da infliggere alle mogli ed era determinata la loro condizione patrimoniale, e quindi anche in certi casi anche le perdite patrimoniali da imporsi al marito: tutto ciò naturalmente secondo una tradizione famigliare che s'imponeva alle persone componenti quel consesso di famiglia.

Nei matrimonî *sine manu* invece noi troviamo due famiglie, quella del marito, alla quale è *extranea* la moglie, o che appartenga ad un altro *pater familias*, quantunque sia stata *locata nuptiis* al marito, o che sia *sui juris*. Essendoci dunque due *familiae* di contro, due *patres familias* rivestiti delle stesse pretese e degli stessi diritti, in caso di ripudio, poteva succedere che ognuno di essi adunasse il proprio *consilium domesticum*, ma quello della *familia* del marito nulla poteva sulla donna anche colpevole, perchè non *in manum conventa* e viceversa nulla poteva quello della famiglia della moglie sul marito e, quel che più importa, sulla *res uxoria*, già incorporata nel patrimonio del marito.

(1) **Brini**, op. cit., parte II, pag. 176-177.

Nasce spontanea e legittima l'ipotesi che ci dovesse essere un uso tradizionale, per cui, modellandosi i divorzî dei matrimonî *sine manu* sugli antichi ripudî di matrimonî *cum manu*, il marito o tratteneva l'apporto uxorio in caso di colpa della donna, oppure lo restituiva spontaneamente in tutto o in parte.

Ma se nasceva conflitto, se nasceva dissidio fra le due famiglie, o se il divorzio avveniva per una causa non implicante colpa da parte della donna, ma pur giusta e legittima da parte del marito (o almeno ritenute rispettivamente tali), come si provvedeva?

Eccoci al caso di Carvilio Ruga. Secondo il Brini il matrimonio di Carvilio doveva essere *sine manu*, ed in vero questa è l'ipotesi più naturale e che nasce spontanea, considerando le particolarità note, quantunque non si abbiano documenti tali da poterlo asserire con certezza. Il fatto che i Carvilii erano plebei; che al caso di Carvilio si riconducono l'*actio* e la *cautio* e non *dotis* ma *rei uxoriae;* che non si parla di *diffarreatio* o di *remancipatio;* che non vi si dice di *consilium* e *judicium domesticum*, ma solo Gellio usa la frase « *de amicorum sententia* »; ecc. sono tutti indizî notati dal Brini e che permettono di argomentare fosse il matrimonio di Spurio Carvilio Ruga un matrimonio *sine manu.*

Ma un altro indizio scorge il Brini nella formula « *uxorem se liberûm quaerundorum causa habere* » formula che egli opina essere propria dei matrimonî *sine manu.* Io già ho accennato a questa opinione del Brini e già ho manifestato per quali motivi non sembrami accettabile la detta opinione (1).

Scrive il Brini (*Op. cit.*, II, 29, pag. 241): « Io debbo riconfessare, che, per quanto io mi abbia attentamente ricercato e riconsiderato per istudio e sforzo che vi abbia posto, io mi sono bensì in me medesimo raffermato nella persuasione, che quella formula corrisponda appunto ai matrimonî *sine manu*, ne fosse la propria affermazione e (almeno dapprima e nello stesso principio del VI secolo) particolare e distintiva, che in essi nascesse esprimendo il loro assorgere positivo, conformandosi ai patriarcali matrimonî *cum manu*, e via via; ma non son riuscito a raccoglierne

(1) Anche il Fadda, quando fu pubblicata la 1ª parte dell'opera del Brini, manifestava in una recensione nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche.* Roma, 1887, vol. III, pag. 122 di « dubitare assai » di questa idea, già manifestata a pag. 130 di quel 1° volume.

una vera prova, dico obbiettiva e provata, che possa convincere altrui con una precisa verificazione. E può pur darsi che persuasione o piuttosto veduta e sentimento, io m' inganni. Non è però che me ne manchino indizi significanti e concorrenti, segni per me parlanti ». Questi indizi però non hanno che un valore relativo e certo non si oppongono alla congettura, colla quale io ricostrurrei il caso di Carvilio, e che fra poco dirò.

L'indizio più importante è che nella formola si usi soltanto la mera parola *uxor*, come poi nell'editto *unde vir et uxor*. Il Brini (*op. cit.*, parte I, 28, pag. 130-131) ricorda il passo di Cicerone (Top. III, 14): « *genus est uxor; ejus duae formae: una* matrum familias quae sunt quae in manum convenerunt; altera earum quae *tantummodo uxores* habentur » e quindi dall'uso della mera parola *uxor* in quella formola argomenta di trattarsi in quel caso di *uxor tantummodo*, cioè di moglie *non in manum conventa*, secondo la frase di Cicerone. Ma noi troviamo che anche la donna *in manum conventa* non poteva dirsi *mater familias* in alcuni casi. Così Festo (Epit., 125, 16) dice: « mater familiae *non* ante *dicebatur*, quam vir ejus pater familiae dictus esset; nec possunt hoc nomine plures in una familia praeter unam appellari; sed nec vidua hoc nomine *nec quae sine filiis est* appellari potest ». Il Mau poi giustamente nota (1) come l'uso ignorasse queste distinzioni, e se non è certo che Cicerone usi la parola *mater familias* (*in Verrem*, I, 24) per indicare una donna maritata *qualunque*, come interpreta il Mau, tuttavia noi troviamo ammessa giuridicamente la parola *mater familias* in un senso molto più largo da Ulpiano (2) e ad ogni modo pare non esserci nulla da contraddire all'osservazione del Madvig (Verfass. u. Verwalt., II, p. 164) che *uxor tantummodo* come espressione tecnica non proviene dagli antichi.

Del resto che la formula in questione, accennata in alcuni

(1) V. aggiunte alle note del **Marquardt**, op. cit., pag. 6.

(2) Fr. 46 Dig. 50,16, §. 1: « *Matrem familias* accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a coeteris foeminis mores discernunt, atque separant: proinde nihil intererit nupta sit, an vidua, ingenua siti an libertina: nam neque nuptiae, neque natales faciunt matrem familias: sed bon, mores ».

passi di Valerio Massimo e di Tacito (raccolti dal Savigny) (1), si riferisca anche a matrimonî *cum manu* il Brini non l' « esclude « (2); ma egli nota questi passi riferirsi a tempi anteriori e ne deduce, che solo, quando per decadenza dell'antica vita la *manus*, o meglio la *in manum conventio*, per *coemptio* fu adoperata anche *non matrimonii causa*, la detta formula dovesse essere usata, con estensione nuova, ad indicare che tali unioni *cum manu* fossero veramente matrimoniali.

A me pare invece, sempre come congettura (perchè sarebbe stoltezza affermare recisamente con prosunzione in materia tanto vaga e poco sicura) che la formula anticamente fosse propria dei matrimonî *cum manu*, anzi delle nozze sacre solenni, in conformitá di quelle credenze religiose domestiche, dalle quali fu regolata la famiglia romana; che in seguito, essendosi i matrimonî *sine manu* sviluppati dalle unioni libere e conformandosi essi sempre più ai matrimonî *cum manu*, la formula « uxorem se liberûm quaerundorum causa habere » si sia estesa anche ai matrimonî *sine manu*; ma perdendo il suo vero valore, quel valore che aveva pella religione domestica. L'estendersi di quella formula ai matrimonî *sine manu* segna appunto il legittimarsi delle unioni libere concubinarie (3).

Il Savigny (4), dopo aver dimostrato che il giuramento a cui Carvilio si riferì per divorziare, non fu speciale, nè tanto meno richiestogli dai censori per provocarne il divorzio, ma che invece era quel generale giuramento nel censo, con che ogni cittadino vi accompagnava le sue dichiarazioni, e fra l'altre quella dell'*uxorem se liberum quaerundorum causa habere*, il Savigny dunque scrive: « La portata dell'espressione si può facilmente spiegare. I figli di una concubina erano giuridicamente considerati senza padre, sicchè

(1) I passi raccolti dal Savigny sono i seguenti: — Ennio presso Festo, Epitome, v. *quaeso* — Plauto, Captivi, atto 4, sc. 2, v. 109 — Varrone presso Macrobium Saturnal., lib. I, c. 16 — Valerio Massimo, lib. 7, c. 7, n. 4 — Tacito, Annali, XI, 27 — Svetonio, in Giulio Cesare, cap. 52 — Ulpiano, tit. 3, §. 3 — S. Agostino, Sermo 51, c. 13.

(2) V. pag. 245 del vol. II, op. cit.

(3) Così parmi esatta l'opinione di alcuni che ne' primissimi tempi di Roma non esistessero che matrimonî *cum manu* soltanto. Cfr. **Landucci,** op. cit.

(4) **Savigny F. C.,** *Sul primo divorzio in Roma.* (Nel vol. I dei Vermischte Schriften. Berlin, 1850, pag. 86-87).

a dirittura solo in un vero matrimonio poteano essere procreati ad un uomo figlioli che fossero riconosciuti per suoi ».

Sembrami quindi doversi ritenere comune la formula pei due matrimonî, ma invece di credere col Brini che dai matrimonî *sine manu* con nuovo significato si sia estesa a quelli *cum manu*, parmi doversi credere il contrario, facendo risalire — s' intende — questo estendersi della formula dall' una all' altra specie di matrimonî, ad un tempo di molto anteriore, senza poterlo però precisare. Nè quindi mi pare accettabile la spiegazione che dà di questa formula pei matrimonî *cum manu* il Brini e che ho su riferita, ma invece non trovo alcuna seria difficoltà ad ammettere che « quel giuramento fosse congiunto direttamente all' ufficio dei censori del vegliare alla procreazione o ai matrimonî e dell' esortarvi (1) ».

Ciò sarebbe anzi conforme a quanto abbiamo detto nel capitolo II del presente studio, parlando dell' interesse che ci avevano gli antichi abitanti dell' Italia e della Grecia a che ogni famiglia non si estinguesse, e non si estinguesse così il culto domestico. Abbiamo ivi appunto rilevato come da Iseo e da Demostene ci sia attestato che ad Atene la legge incaricava il primo magistrato della città a vegliare affinchè nessuna famiglia si estinguesse. Ed abbiamo poi tanti passi di scrittori latini da farci ritenere esatte le parole del Marquardt, quando scrive che a Roma appunto « il censore domandava a ciascuno cittadino s' egli vivesse in legittimo matrimonio, ed era armato di penalità applicabili ai celibi (2) ».

Ma quando poi la formula si estese ai matrimonî *sine manu*, prendendo un altro valore, allora già, pur continuando a sussistere

(1) Parole del Brini, vol. II, pag 245.

(2) **Marquardt,** Op. cit., pag. 87. Cfr.: Cic., *De leg.*, II, 19 e III, 3, 7: « censores caelibes esse prohibento » — Val Max., II, 9, 1: « Camillus et Postumius censores (403 a. C.) poenae nomine eos qui ad senectutem caelibes pervenerunt in aerarium deferre jusserunt ». — Festo, *Epit.*, p. 379, 1: « *uxorium pependisse* dicitur, qui, quod uxorem non habuerit, res (leggi *aes*) populo dedit. — Cfr. anche il passo già citato di Dionigi (IX, 22 - Ediz. Didot di Parigi, pag. 539-540): « Nam prisca Romanorum lex cogebat eos, qui per aetatem possent uxores ducere, et ut omnes liberos susceptos educare necesse erat. » e più giù: « Patres vero eorum, qui per aetatem adhuc liberos procreare poterant, in tanta suae gentis orbitate, nonne sive volentes sive *coacti aliis liberis procreandis* operam dedissent, tum *ne sacra gentilitia interirent*, tum etiam ne gentis hujus tanta gloria periret? »

la formula pei matrimonî *cum manu*, essendo già venuta meno in gran parte quella religione domestica che l'aveva ispirata, non se ne concepiva più il significato preciso. Poscia essendosi estesi i matrimonî *sine manu*, se ne cominciò anche a perdere per questi il valore che aveva avuto la formula nell'estendersi ad essi. Siamo appunto nell'epoca in cui successe il divorzio di Sp. Carvilio Ruga, in quell'epoca di transizione in cui già era decaduta la religione domestica e cominciava anche a decadere l'altra religione, quella della natura fisica, che dominò insieme alla religione domestica sugli animi dei Greci e dei Romani senza confondersi con essa. Esattamente il Vannucci (1) in un capitolo riassuntivo sui costumi di Roma nell'epoca dal 365 al 533 *ab urbe condita* scrive: « Molte antiche credenze cadevano coi misteri della vecchia costituzione patrizia..... Le antiche pratiche si usavano da alcuni per forma, da altri ippocritamente per proprio interesse. Insomma *rimaneva la lettera e moriva lo spirito* (2), quantunque non mancassero esempî di uomini che mostravano di credere ancora ».

Così noi ci possiamo spiegare il caso di L. Porcio, riferitoci da Aulo Gellio (3) mentre ci rappresenta il *censor* che « agebat de uxoribus sollemne iusiurandum ». Scrive Gellio: « Qui iurabat (cioè L. Porcio) cavillator quidam et canalicola et nimis ridicularius fuit. Is locum esse sibi ioci dicundi ratus, cum ita, uti mos erat censor dixisset: - « ut tu ex animi tui sententia uxorem habes? », « habeo equidem », inquit, « uxorem, sed non hercule ex animi mei sententia »... Tum censor eum, quod intempestive lascivisset, in aerarios rettulit, causamque hanc ioci scurrilis apud se dicti subscripsit. » Ciò ci dimostra ancor meglio, nonostante la punizione inflitta dal censore, che non si comprendeva più il valore

(1) **Atto Vannucci,** *Storia dell' Italia Antica,* — Firenze, Le Monnier, 1863, lib. III, cap. V, vol. 2.°, pag. 211.

(2) Questo sopravvivere della formula al pensiero informatore di essa è un fatto che si verifica nella storia di tutte le dottrine morali e di tutte le credenze religiose. Cfr. sul riguardo lo stupendo libro di J. Stuart Mill, *La Libertà*, cap. II, pag. 37 e segg. (Ediz. della Biblioteca di scienze politiche diretta dal Brunialti, vol. V).

(3) **Aulo Gellio,** IV, 20, 2-6. Cfr. **Cicerone,** *De Oratore*, II, cap. 64, §. 260: « Ridicule etiam illud L. [Porcius] Nasica censori Catoni; quum ille: Ex tui animi sententia tu uxorem habes? Non hercule, inquit, ex mei animi sententia ».

della formula, giacchè malgrado la solennità (si noti infatti il *sollemne* e l'*uti mos erat*) qualcuno potesse credere essere il momento di scherzare e far ridere.

Così nel 520 o 523, che si voglia, doveva far cattiva impressione Carvilio riferirsi per divorziare alla formula giurata, massime se il suo matrimonio era *sine manu*, come opina il Brini e come anche a me pare potersi supporre. Così acquista nuova luce la frase di Dionigi nel passo già citato (II, 25): « .... uxorem repudiasse fertur Spurius Carvilius, vir non obscurus, coactus a censoribus se liberorum quaerundorum gratia uxorem duxisse: ejus enim uxor erat sterilis. Qui tamen ob hoc factum, *quamvis esset necessarium*, in perpetuum *exosus* fuit populo ». E ciò tanto nel caso che il riferirsi Carvilio a quella formula sia stato un mero pretesto per divorziare, per coprire qualche altra occulta ragione (come sarei tentato di credere) oppure sia stato fatto in perfetta buona fede, essendo forse Carvilio, « *vir non obscurus* », uno di « quelli uomini che mostravano di credere ancora », per usare la frase del Vannucci (1).

Ma — mi si potrebbe obbiettare — come va allora che dopo del caso di Carvilio la sterilità della donna sia stata sempre ammessa quale causa legittima? Questo fatto non contraddice alle congetture che vado formando.

Perchè, se si era perduto il concetto antico della religione domestica informatore della formola, nel progredire dei tempi il desiderio di aver prole si andò sempre sviluppando, ma in un altro senso. La famiglia andava basandosi nella sua evoluzione, sui vincoli del sangue e il desiderio d'aver prole in ognuno non era causato più dal timore che il culto domestico perisse e che gli antenati non avessero più i loro pasti funebri, bensì da quel desiderio naturale che ha ogni uomo di perpetuarsi e di continuare, direi quasi, la sua vita nei proprî discendenti (2): deriva forse questo senti-

(1) Cfr. **Aulo Gellio,** IV, 3, 1-2: « Atque is Carvilius traditur uxorem, quam dimisit, egregie dilexisse carissimamque morum ejus gratia habuisse, sed *iurisiurandi religionem animo atque amori* praevertisse, quod iurare a censoribus coactus erat, uxorem se liberûm quaerundum gratia habiturum ».

(2) Questo desiderio di perpetuità collegato intimamente con quello di non esser privo mai del possesso delle proprie ricchezze noi lo troviamo magistrevolmente accennato nei versi di Catullo (*Poesie scelte*, XXXII):

mento dell' antica religione domestica, ma è una cosa già del tutto diversa. Così una cosa del tutto diversa è anche la cura che pone lo Stato affinchè non decresca, anzi sempre aumenti il numero dei nati, ed è dall' interesse politico sociale dello Stato che sono ispirate le leggi Julia e Papia Poppea, come anche in tempi a noi vicinissimi le famose parole di Napoleone I che la migliore donna fosse quella che procreasse un maggior numero di figli allo Stato.

Tornando al caso di Carvilio, e supponendo che il suo matrimonio fosse *sine manu*, mi pare sia adesso il caso di tornarci a domandare, (facendo in ciò tesoro delle considerazioni del Brini) come si provvedesse nel caso nascesse conflitto, dissidio tra le due famiglie, quella cioè del marito, alla quale l' *uxor* non *in manum conventa* era *extranea* e quella di essa *uxor*. Evidentemente se le tradizioni famigliari non eran più sufficienti a risolvere un caso, per le nuove particolarità da questo presentate, era naturale si sentisse il bisogno di *cavere*, cioè di cautelarsi, stabilendo una *cautio* stipulativa, una *cautio* appunto *rei uxoriae*. Per l' osservanza coattiva della quale era naturale si adisse il magistrato, siccome per ogni altra stipulazione. Così d' altro canto era naturale che il magistrato, una volta chiamato ad intervenire e a giudicare in un campo, dapprima sottratto alla sua influenza, concedesse anche un' *actio* appunto *rei uxoriae* e provvedesse così direttamente.

E così il giudice prima di risolvere l' *actio* doveva fare, come censore, « *pro censore* » un *judicium de moribus*, che veniva appunto a sostituire quel *judicium domesticum*, divenuto già insufficiente.

A me sembra che non si possa far a meno di accettare pienamente queste osservazioni del Brini: noi ci troviamo infatti così spiegate le *cautiones*, l' *actio rei uxoriae*, il *judicium de moribus*, eccoci spiegato il passo di Aulo Gellio, già in parte riportato (IV, 3, 1-2): « Memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam *nullas rei uxoriae neque actiones neque cau-*

« . . . . tam carum confecto aetate parenti
Una caput seri gnata nepotis alit;
Qui quum, divitiis vix tandem inventus avitis,
Nomen testatas intulit in tabulas,
Impia derisi gentilis gaudia tollens,
Suscitat a cano vulturium capite ».

Cfr. anche lo stesso concetto espresso nei versi di Pindaro (*Olimp. X*).

tiones in urbe Roma aut in Latio *fuisse,* quia profecto nihil desiderabantur, nullis, etiamtunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sulpicius in libro, quem conposuit *de dotibus,* tum *primum cautiones* rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno, ecc. ecc. ».

Il caso di Carvilio (sia che egli agisse in buona fede, sia che agisse in mala fede) secondo l'ho già ricostruito, fece sentire il bisogno di quel nuovo ordinamento, perchè la religione domestica era già decaduta e perchè l'antico ordinamento della famiglia, rigidamente chiusa in sè stessa, non era più conforme alle nuove idee ed al pensiero dell'epoca.

A me pare dunque che ben si apponga il Brini a dichiarare così che primo sia stato il divorzio di Carvilio, ma primo divorzio, giuridicamente inteso, primo divorzio, in quanto che abbia fatto nascere nel campo del diritto romano il divorzio, come istituto giuridico inteso e disciplinato distintamente. Prima del divorzio di Carvilio, non si può parlare di *divorzio* nella storia del diritto romano, ma di *ripudio,* perchè la famiglia in quell'epoca s'incentra tutta nel *pater familias* ed egli ha il diritto di giudicare e scacciare la moglie: e nel consiglio di famiglia la sua autorità è tale che egli puo considerarsi come l'arbitro assoluto. In questo giudizio di fatto il magistrato civile non interviene, non può intervenire. Il caso di Carvilio fa sentire invece il bisogno di stabilire una stipulazione, di adire quindi il magistrato per l'adempimento di essa e fa sentire quindi anche il bisogno dell'*actio,* che prima non era concessa ad alcuno dei coniugi. Ecco dove sta la gran novità: il caso di Carvilio è il primo segno che quell'ordinamento rigidamente patriarcale comincia ad essere scosso.

Ma a questa conclusione — ripeto — mi sembra che sia più logico pervenire con quelle congetture colle quali mi pare giusto doversi modificare e direi quasi completare la teoria del Brini.

Colle congetture, da me esposte, infatti, si spiega meglio quella contraddizione apparente di Carvilio costretto a divorziare, *coactus,* e diventato per ciò stesso *exosus* al popolo, e tutto il fatto viene ad acquistare una luce maggiore.

V.

Se noi da un canto troviamo negli antichi storici ricordato il divorzio di Carvilio Ruga, come il primo avvenuto a Roma, d'altro canto troviamo ricordato qualche altro caso di scioglimento di matrimonio anteriore a quello di Carvilio o che almeno possa supporsi ragionevolmente tale; sarebbe pertanto la nostra trattazione incompleta, se non esaminassimo questi pochi casi, perchè se in questi casi si trattasse di veri e proprî divorzî, giuridicamente intesi, e non di ripudî, cadrebbe necessariamente tutto ciò che nelle pagine precedenti abbiamo affermato.

Dionigi narra che durante la tregua stabilita coi Latini innanzi alla battaglia del lago Regillo (avvenuta nel 258 d. R = 496 a. C.) venne sancito un senatoconsulto, col quale veniva data facoltà alle donne latine, mogli di cittadini romani, e alle romane mogli di latini, di abbandonare, se volessero, i rispettivi mariti e ritornare nella propria patria; dovendo però lasciare i figli maschi presso i mariti e solo potendo portare seco le figlie femine non ancora maritate. Evidentemente in questo caso non è a parlare nè di ripudio, nè di divorzio; piuttosto è da accettarsi l'opinione di coloro che ravvisano in questo fatto una concessione alle donne di scelta tra la cittadinanza romana e la latina, e nel caso di scelta della cittadinanza straniera, lo scioglimento del matrimonio avveniva *ipso jure* per *capitis diminutio*. Comunque sia da questo fatto si può arguire in primo luogo che il concetto di dissolubilità (e si noti di dissolubilità dipendente da volontà) non fosse contrario al concetto del matrimonio in quei tempi, e in secondo luogo che le donne normalmente non avessero certo facoltà di divorziare.

Similmente, se G. Marcio Coriolano, partendo per l'esilio, diceva alla moglie, (come notò il Montesquieu (1)) che si maritasse con un altro uomo più felice di lui, il suo matrimonio era già sciolto per la *media capitis diminutio*. Così anche il matrimonio di Attilio Regolo, anzi questo per *massima capitis diminutio*, derivante da cattività di guerra.

In quanto a scioglimento di matrimonî, avvenuti per determinata volontà, diretta cioè a sciogliere il vincolo coniugale, e ante-

(1) *Lo spirito delle leggi*, XVI, 16. Milano, Silvestri, 1838, vol. 2.°, pag. 163.

riore al divorzio di Carvilio Ruga ne troviamo ricordati soltanto quattro da Valerio Massimo, due de' quali anche da Plutarco. Si badi però che Valerio Massimo pone il caso di Carvilio nel 150 di Roma e Plutarco nel 230, mentre noi sulla scorta di Gellio, Dionisio e Servio abbiamo accettato l'opinione che sia avvenuto nel 520 circa.

Questi scioglimenti di matrimonî sono quindi considerati da Valerio Massimo e da Plutarco come posteriori al caso di Carvilio e, se noi accettassimo questa opinione potremmo dispensarci da qualsiasi esame.

Ammettiamo però che siano stati anteriori: sarà facile vedere come in essi mal si possa ravvisare un divorzio propriamente detto, cioè un *divertere* dei coniugi, ma piuttosto un ripudio maritale, esclusivamente unilaterale, quale noi l'abbiamo ammesso per la prima epoca del diritto famigliare romano.

Il primo infatti è quello di L. Annio nel 447 d. R. — Esso è ricordato da Valerio Massimo con queste parole: « M. Valerius Maximus et C. Junius Brutus Bubulcus censores.... L. Antonium senatu moverunt, quod quam virginem in matrimonium duxerat, repudiasset, nullo amicorum in consilium adhibito » (1).

Gli altri tre casi dei quali è dubbio anche se siano avvenuti pria del 520 d. R., sono quello di C. Sulpicio Gallo, il quale « *uxorem dimisit*, quia eam capite aperto foris versatam cognoverat », quello di Q. Antistio Vetere, il quale « nec aliter censit.... repudiando uxorem, quod illam in pubblico cum quadam libertina vulgari secreto loquentem viderat » e quello infine di P. Sempronio Sofo, « qui coniugem repudii nota affecit, nihil aliud, quod se ignorante ludos ausam spectare » (2).

Plutarco ricorda i ripudî di Sulpicio Gallo e di Sempronio Sofo soltanto, adducendone le medesime cause. Ora sia nella forma che nella sostanza questi quattro casi di scioglimento di matrimonio presentano i caratteri del ripudio, e non del divorzio.

Non ci resta adesso che accennare ad un'altra questione.

Cicerone nelle Filippiche (II, 28) dopo aver lanciato delle invettive contro Antonio, accusandolo quale debosciato, soggiunge: « Etsi jam negat: nolite, nolite quaerere. Frugi factus est. Mimam suam suas res sibi habere jussit ex duodecim tabulis. Claves ade-

(1) **Valerio Massimo,** II, 1.
(2) **Valerio Massimo,** VI, 3.

mit; exegit. Quam porro spectatus civis! quam probatus! cujus ex omni vita nihil est honestius, quam quod cum mima fecit divortium ».

In questo passo alcuni ravvisano una prova che nelle XII tavole fosse disciplinato il divorzio, ne fossero stabilite le forme. Ma — a parte l'affermazione di Svetonio che Augusto per primo avesse stabilito forme determinate pel divorzio (1), ciò che fa indurre esistere bensì fin da antico qualche furmula ma *di fatto*, stabilita dall'*uso*, e non legislativa; — a parte che la punteggiatura del passo di Cicerone e il testo stesso sono molto controversi; — a parte che quel « *mimam* » sia ritenuto da alcuni una mutazione arbitraria della parola *illam*; — a parte tutto ciò; — il senso ironico che hanno le parole di Cicerone, non ci permette di interpretarle esattamente e molto meno di trarne delle notizie sui divorzî sia in un senso piuttosto che in un altro.

Sarebbe vano quindi, molto più per la questione che interessa dilungarci in discussioni in proposito. Del resto, ammesso anche che nelle XII tavole sia stata sancita qualche formula per lo scioglimento dei matrimonî (sia per quelli *cum manu*, oppure per quelli *sine manu*) niente dimostra che quella formula non si riferisca al ripudio maritale e in realtà non c'è alcun elemento che contraddica alla ricostruzione storica da noi tentata.

VI.

Il divorzio di Carvilio fu dunque il **primo divorzio** nel **diritto** romano, — e adesso sappiamo che cosa dobbiamo intendere con questa frase — esso segna il punto di partenza, da cui comincia lo svolgimento dell'istituto del divorzio nel diritto romano.

Abbiamo visto già su quali basi poggiasse la famiglia romana nell'epoca più antica, come fosse rigidamente patriarcale ed essenzialmente maritale il coniugio, quindi predominio assoluto dei matrimonî *cum manu*, se pur pei primi periodi di questa epoca non si dovrebbe parlare di esclusiva esistenza dei soli matrimonî *cum manu*. In quell'epoca si può parlare come abbiamo visto di ripudio, in quanto che il marito, quale *paterfamilias*, aveva diritto di scacciare, di fare uscire dalla propria famiglia a suo esclusivo arbitrio (salvo alcune penalità stabilite nel caso se ne abusasse) la

(1) **Svetonio,** *Augusto*, 34.

moglie, nella stessa guisa che poteva far ciò con un figlio di famiglia, perchè la donna, ch' era in *sua manu*, era nella famiglia precisamente *loco filiae*.

Ma i matrimonî *sine manu*, sviluppandosi dalle unioni libere, (essendo forse un resto dell' ordinamento matriarcale ancora più antico) e conformandosi ai matrimonî *cum manu* vanno acquistando sempre più importanza, finchè cominciano a coesistere (all' epoca di Carvilio) equivalentemente forse, ad essi, colla tendenza anzi a prevalere. In questi matrimonî la famiglia è sempre del *pater familias* esclusivamente, ma la donna non è più fra i *filii familias*, sicchè adesso si può parlare veramente di un *divertere* dei coniugi nello scioglimento del loro matrimonio.

E, sentendosi col divorzio di Carvilio il bisogno che il regolamento degli effetti, colla valutazione delle cause, passi dalla famiglia al magistrato pubblico, il quale è arbitro di giudicare secondo equità, adesso soltanto si può parlare dell' istituto del *divorzio* nel *diritto* romano.

Ma, progredendo sempre, la famiglia va, massime per opera della giurisprudenza sempre più ordinandosi sui vincoli di natura e in una terza epoca, di prevalenza assoluta dei matrimonî *sine manu,* noi vediamo il vincolo coniugale presentarsi da sè solo, giuridicamente per sè stante. In questa terza epoca ora il Brini ravvisa una terza specie di matrimonio, poichè la famiglia invero non è più del solo *paterfamilias*, e si presenta sempre più progredente il vincolo materno. Così la società parentale, cominciata coll' *agnazione* prevalente, finisce nel diritto imperiale col basarsi sul vincolo di *cognazione*. Ed a questo nuovo ordinamento corrisponde un cambiamento nell' istituto del divorzio, poichè si cerca di stabilire delle norme fisse e positive per regolare il matrimonio.

Il passaggio dalla 2.ª alla 3.ª epoca si potrebbe determinare, come osserva il Brini al punto in cui si fissa nel diritto imperiale romano la *donatio propter nuptias*. E così il matrimonio (e, per conseguenza il divorzio) andava sempre progredendo verso una forma perfetta, basata sulla natura, finchè le nuove idee cristiane esercitarono su di esso la loro influenza, modificandone l' indirizzo evolutivo.